



¿Un capítulo del triunfo del Estado? El primer positivismo jurídico alemán y la centralización del Derecho

*A Chapter of the Triumph of the State? The First German
Legal Positivism and the Centralization of Law*

Manuel RODRÍGUEZ PUERTO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz (Campus de Jerez)
mjesus.rodriguez@uca.es

RECIBIDO: 2014-11-28 / ACEPTADO: 2014-12-08

Resumen: Una de las características principales del Estado moderno es el monopolio del derecho. Entre los fundamentos teóricos de ese monopolio, el Positivismo jurídico tiene una posición especial. Habitualmente, los positivistas han sido vistos como autores que identifican el derecho con la voluntad del Estado. Se supone que están interesados sólo en la observación de los hechos acerca del origen del derecho y, consecuentemente, identifican el derecho con el hecho del poder político. La finalidad de este artículo es mostrar las opiniones de algunos juristas alemanes de principios del siglo XIX, considerados positivistas, sobre el monopolio estatal del derecho. Las fuentes muestran que la absorción política no fue admitida por todos esos juristas.

Palabras clave: Estado, Positivismo jurídico, Alemania, siglo XIX, monopolio del derecho.

Abstract: One of the main features of modern State is the monopolization of law. And in the theoretical grounds for that, Legal Positivism has a special position. Usually positivists have been seen as authors who identify law with the will of the State. It is assumed that they are interested only in the observation of facts related with the origins of law, and consequently that they identify law with political power as a fact. The aim of this paper is to show the opinion of some early 19th century German lawyers, considered positivists, about the state monopolization of law. And the sources show that political absorption was not admitted by all of those lawyers.

Keywords: State, Legal Positivism, Germany, 19th century, monopoly of law.

I. LA UNIDAD DE FUENTES EN EL DERECHO, UNA CUESTIÓN MODERNA

La regulación jurídica de las sociedades europeas procedió durante siglos de una diversidad considerable de instancias. En el plano político, la Modernidad consistió entre otras cosas en el proceso de unificación de esa pluralidad en un único centro normativo: el Estado¹. En las páginas siguientes

¹ Y por ese motivo la organización política de la denominada sociedad estamental o jurisdiccional careció de Estado. *Vid.* CLAVERO, B., «Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de 'Estado moderno'», *Revista de Estudios Políticos*, n° 19 (1981), pp. 43-57; *Id.*, *Tantas personas como Estados*, Tecnos, Madrid 1986; HESPANHA, A. M., *Vísperas del Leviatán*:





intentaré indagar hasta qué punto esa centralización está presente en la ciencia jurídica alemana de las primeras décadas del siglo XIX. La elección del lugar y la época obedece a un motivo poderoso: esa ciencia jurídica es uno de los venenos del Positivismo jurídico incipiente, y el Positivismo ha sido considerado la teoría fundamentadora del Estado como realidad jurídica. Sin embargo, esta indagación no es sencilla. A pesar de que en esos momentos en Alemania empieza a despegar una ciencia jurídica nueva, no es fácil discernir las características que identifican entonces a los juristas positivistas. Lo cierto es que la posibilidad de establecer un concepto unitario de Positivismo es bastante remota dada la variedad de corrientes y escuelas que han adoptado la etiqueta. Hace ya más de medio siglo que Felipe González Vicén señaló la dificultad de definir el Positivismo jurídico y a estas alturas de la historia el empeño es aún más complicado. González Vicén procedió a clasificar sus diferentes vertientes y a analizar sus relaciones con la Filosofía estrictamente positivista, es decir, empirista. Pero ante la múltiple variedad de corrientes, escuelas y tendencias poco armonizables explicó que el Positivismo jurídico es una nueva teoría sobre el derecho desembarazada de fundamentaciones metafísicas que lo concibe como un puro producto humano y contingente. La identificación del derecho con normas estatales o con reglas sociológicamente aceptadas procedentes de diferentes grupos sociales es cuestión secundaria: todos esos conceptos de derecho tendrían cabida bajo el paradigma positivista. Entre las corrientes positivistas, González Vicén cita el imperativismo, es decir, la identificación del derecho con las normas mandadas por el poder estatal, pero también las corrientes «realistas» que rechazan ese imperativismo y lo sustituyen por la reducción de lo jurídico al

Instituciones y poder político. Portugal siglo XVII, Taurus, Madrid 1989. C. GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *ISTOR Revista de Historia Internacional*, n° 16 (2004), pp. 13-44. Esta situación llegó hasta los siglos XVII y XVIII. Sobre el reparto de tareas productoras de derecho durante esos siglos, los intentos legisladores de los monarcas y las resistencias correspondientes, *vid.* MONNHAUPT, H., «Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Regime», *Ius Commune*, n° 4 (1972), pp. 43-57. B. DÖLEMAYER y D. KLIPPEL (eds.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998; GUZMÁN, A., *Codificación del Derecho Civil e interpretación de las leyes*, Iustel, Madrid 2011, pp. 95 y ss. No obstante, Michael Stolleis sí piensa que a partir del siglo XVI se produjeron paulatinos cambios jurídicos e ideológicos que conducirán al Estado. Cfr. STOLLEIS, M., *La textura histórica de las formas políticas*, Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 19 y ss. Desde luego en aspectos diferentes al de la creación de derecho sí hay desde el siglo XVI un proceso hacia la centralización. *Vid.* por ejemplo, M. OAKESHOTT, *El estado europeo moderno*, Paidós, Barcelona 2001, *per totum*.





hecho sociológico o psicológico². Lo cierto es que el abandono de fundamentaciones metafísicas lleva a pensar, como hacen Carlos Ignacio Massini o John Finnis, por ejemplo, que el Positivismo es la negación de cualquier posibilidad de conocer con garantías de veracidad principios de justicia³.

La concepción del Positivismo como paradigma teórico-jurídico propio de la época que sustituye al iusnaturalismo plantea, no obstante, un problema si lo generalizamos excesivamente. Al aplicarlo a la situación de Alemania a principios del siglo XIX habría que considerar positivistas a todos los autores que criticaban al iusnaturalismo moderno de corte kantiano, dominante hasta entonces. Pero, como ha mostrado Francisco Carpintero, esta explicación no da razón de todos los juristas que teorizan en esa época: aunque critiquen a los kantianos, algunos defienden una justicia situada más allá de lo fáctico⁴. Y es que, según Carpintero, en esos años se produce una fuerte reacción contra la teoría *crítica* dominante en las universidades, pero no existe una alternativa filosófica que permita fundar con claridad la nueva tendencia de la ciencia jurídica. Lo único que podemos captar es una querencia hacia lo real y empírico, sin demasiadas precisiones, entre los juristas teóricos más cansados de la especula-

² Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 48 y ss., 178 y ss.; ID., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, pp. 205-206. La afirmación de la facticidad no excluye del Positivismo la interrelación de actitudes valorativas e incluso morales a la hora de establecer la juridicidad, tal y como ocurre en la obra de Alf Ross. Claro que se trata de morales carentes de fundamento situado más allá de un sentimiento ajeno a la racionalización. Cfr. A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G.A. Carrió), EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pp. 96-98.

³ Cfr. MASSINI, C.I., «Positivismo, ética y derecho. Aportaciones al debate actual entre iuspositivismo e iusnaturalismo», *Humanitas* [<http://www.humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0337/>] [consultada el 7-7-2005], pp. 2-3. Cfr. FINNIS, J., «Sobre la incoherencia del Positivismo jurídico», en S. LEGARRE, A. MIRANDA y C. ORREGO (eds.), *La lucha por el derecho natural*, Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2006, pp. 46 y ss. No obstante, Finnis considera que esta versión del Positivismo es demasiado extrema y que pocos la sostienen. Él dedica sus críticas a otra vertiente, típica de la ciencia jurídica anglosajona en la que se mueve: la separación de derecho y moral, que no prejuzga la posibilidad de una moral objetiva que pueda enjuiciar el derecho. Finnis la considera insostenible: no es posible identificar lo jurídico de manera aséptica. Como ha señalado Francisco Contreras, la dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo basada en la relación o separación entre derecho y moral está superada hoy, porque esa relación existe; cuestión diferente es la clase de moral que interviene y la posibilidad de darle un fundamento racional: ahí sí tiene algo que decir la tradición iusnaturalista. Cfr. F.J. CONTRERAS, «Foreword», ID. (ed.), *The Threads of Natural Law*, Springer, 2013, pp. VII-VIII. Sobre la crisis actual de los modelos jurídicos positivistas *vid.* P. SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, Porrúa, México D.F., 2006, pp. 13-59.

⁴ Cfr. CARPINTERO, F., «Naturrecht y Rechtsphilosophie. Los inicios del positivismo jurídico en Alemania», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 3 (1986), pp. 343-397.





ción abstracta de los kantianos⁵. Ocurría entonces que el concepto de empiria no estaba nada claro para los juristas. Klaus Lüderssen nos informa de que a principio del siglo XIX y dentro del campo exclusivamente filosófico alemán, hay un retroceso del empirismo entendido al modo sensualista de la Ilustración. Por otra parte, en la vertiente más práctica de la ciencia del derecho el empirismo es entendido como la descripción de los códigos y leyes que forman el derecho positivo; en todo caso, el empirismo como tal desempeña un papel poco nítido⁶. Será más tarde cuando se manifieste en toda su radicalidad. Karl Bergbohm, un conspicuo positivista alemán, escribió a finales del siglo XIX que la ciencia jurídica debía limitarse a captar y conceptuar la realidad sin alabarla o criticarla, porque su finalidad es la objetividad no la valoración⁷. Para esta teoría el derecho es un mero hecho, aunque la determinación de lo que sea tal hecho ha sido asunto controvertido entre los positivistas y de ahí la mencionada diversidad de escuelas que reivindican esa etiqueta. Carl Bergbohm afirmaba que no sólo era derecho positivo el «puesto» por el Estado, también lo era el procedente de otras fuentes no estatales⁸. Sin embargo, muchos entendieron en el siglo XIX que el hecho básico que fundaba el derecho era el poder estatal. Max Weber expuso con claridad esta postura cuando vio el Estado como el monopolizador de la coacción en un territorio y el derecho como el conjunto de las normas protegidas por esa coacción⁹. Sin embargo, cabe preguntarse si la rotundidad de Weber la encontramos ya en los juristas presuntamente positivistas de la Alemania de principios del siglo XIX. Será preciso comprobar sus opiniones antes de calificar su Positivismo y su defensa del Estado.

⁵ Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid 1988, pp. 54 y ss. ID., *Los orígenes del Positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid 1994, pp. 12, 16 y ss., 125 y ss. Según Carpintero los motivos de crítica a los kantianos eran diversos: excesivo formalismo, irrealidad del estado de naturaleza, descontento con sus presupuestos éticos...

⁶ Cfr. LÜDERSEN, K., «Einführung», a FEUERBACH y MITTERMAIER, *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1968, pp. 10 y ss.

⁷ Cfr. BERGBOHM, C., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, p. 29. Una muestra de empirismo materialista riguroso en la ciencia jurídica alemana lo encontramos ya a mediados del XIX en Ludwig Knapp. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho de Ludwig Knapp», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia, Valencia, 197, pp. 677-693.

⁸ Cfr. BERGBOHM, C., *Jurisprudenz...*, cit., pp. 51-52. Él negaba que el positivismo jurídico tuviera algo que ver con la filosofía de Comte.

⁹ Cfr. WEBER, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva* (trad. de J.M. Echeverría, J. Roura, E. Imaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora), Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 44-45, 173 y ss.





II. UN CAMINO IUSNATURALISTA HACIA EL ESTADO

Un aspecto controvertido del positivismo jurídico es su relación con el iusnaturalismo. Ha sido habitual ver en el primero una alternativa radical al segundo, que habría dominado hasta entonces las especulaciones sobre el derecho. Esta interpretación necesita precisiones, porque las justificaciones de la juridicidad anteriores al siglo XIX, referidas al derecho natural, no fueron homogéneas tal y como ha estudiado Francisco Carpintero. Para los juristas del Derecho común y teólogos como Santo Tomás de Aquino, el derecho natural contenía tanto principios morales básicos permanentes, como exigencias procedentes de la «naturaleza de la cosa» que podía ser mudable según las circunstancias cambiantes de lo humano. Más adelante los escolásticos tardíos (pensemos en Luis de Molina o Francisco Suárez) redujeron el derecho natural a un conjunto de preceptos inmutable y ahistórico que servían de modelo para el legislador¹⁰. Pero el gran cambio en las concepciones iusnaturalistas tuvo lugar con el nacimiento de la llamada Escuela de Derecho Natural Moderno. Sus integrantes identificaron el *ius naturale* con la libertad individual existente en un estado de naturaleza previo a la vida política. Entendieron que, al ser natural la ausencia de obligaciones heterónomas, una organización política acorde con la naturaleza sólo podía surgir del pacto entre individuos libres e iguales. Tras el pacto, la única entidad legitimada para establecer normas vinculantes para todos era el poder soberano producto de la cesión de las libertades o poderes individuales. Este poder se convierte en el administrador de los poderes individuales y, en consecuencia, en el único autorizado para ordenar normativamente el espacio público. Como ha destacado Carpintero, la difundida idea del derecho natural como un derecho eterno que establece contenidos concretos de justicia no describe las pretensiones de estos iusnaturalistas modernos. Ellos pensaban que, en el plano estrictamente jurídico, sólo existía el derecho positivo, que sería correcto en la medida en que respondiera a las exigencias de la libertad e igualdad propias del estado de naturaleza; entendían que sólo existía derecho

¹⁰ Vid. CARPINTERO, F., «Historia y justicia según los juristas de formación prudencial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 9 (1992), pp. 351-394. CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural», *Persona y Derecho*, n° 27 (1992), pp. 21-200. Sobre esa diversidad de acepciones, vid. ID., «Los tres iusnaturalismos», *Ars Juris*, n° 16 (1996), pp. 87-106. ID., *Historia breve del derecho natural*, Colex, Madrid 2000, pp.





cuando la norma podía imponerse coactivamente y esa coacción sólo podía ejercerse efectivamente tras el pacto que crea el Estado. La consecuencia es clara: sólo hay auténtico derecho en el Estado¹¹. Lo cierto es que el Estado moderno, poseedor del monopolio de la juridicidad, fue diseñado ya por estos iusnaturalistas. Quisieron establecer un procedimiento racional para construir un nuevo sistema jurídico político basado en la libertad individual¹².

La ruptura que supuso este iusnaturalismo moderno no fue posible sin un cambio en el concepto de derecho. Durante siglos la formación jurídica culta era adquirida en las universidades, donde se enseñaban el Derecho romano y el Derecho canónico, aunque la perfección técnica del primero hizo dominante la que podemos llamar mentalidad romanista. Esta defendía un concepto de derecho (*ius*) radicalmente diferente al adoptado luego por el iusnaturalismo moderno. Los juristas del Derecho común entendían que el *ius* era la solución ajustada a un determinado problema a partir de los fines expresados en la ley y de las circunstancias y necesidades planteadas en el caso; esa solución era una *interpretatio iuris* que determinaba lo justo mediante una captación racional de la justicia; por ser racional, la *interpretatio iuris* no era monopolio del gobernante, sino que era ejercida también por los juristas¹³. Por otra parte, la atención a las peculiaridades de las relaciones sociales para conocer lo justo dotaba a las reglas y soluciones de una estructura bastante heterogénea que impedía la formación de un sistema normativo emanado desde una voluntad ordenadora central. El quehacer romanista se insertó en la sociedad llamada estamental, porque su manera tendencialmente casuística se amoldaba a una sociedad en la que no existía ningún poder legislador central con el monopolio

¹¹ Sobre estas características de la Escuela de Derecho Natural Moderno *vid.* CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 20 y ss.

¹² Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, pp. 52-53, 106. En la misma línea, Jan Schröder destaca que el derecho natural moderno fue sobre todo una teoría política fundadora del monopolio jurídico del Estado. Cfr. SCHRÖDER, J., «Politische Aspekte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts: Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols», en D. KLIPPEL (ed.), *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrecht*. München, Oldenbourg, 2006, p. 20.

¹³ Sobre el modo de razonar de estos juristas *vid.* CARPINTERO, F., «En torno al método de los juristas medievales», *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982), pp. 617-647. Sobre el papel del príncipe como intérprete y no creador de derecho *vid.* VALLEJO, J., *Ruda equidad y ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, pp. 40 y ss., 63, 302 y ss.





de la producción jurídica¹⁴. En cambio, el concepto de derecho aportado por los iusnaturalistas sí se acomodaba al sistematismo estatalista, porque partía del poder individual entendido como cantidad homogénea cuantificable hasta formar la suma de poderes que daba lugar al Estado. Este razonamiento unidireccional satisfacía las exigencias de científicidad de la época tanto como las necesidades de unificación sentidas en un plano más pragmático. Karl Bergbohm, crítico inclemente de todo iusnaturalismo, explicaba al respecto que el *Naturrecht* de los siglos XVII y XVIII no triunfó a causa de su estatus científico –débil, según Bergbohm–, sino gracias al fin práctico que se propuso: la transformación de las reglas y formas de la vida política y social de su época¹⁵. De esa forma, el iusnaturalismo moderno consiguió diseñar eficazmente la mentalidad estatalista sustituyendo el concepto complejo de los romanistas por el de libertad individual. Es preciso recordar que para este iusnaturalismo el Estado proporcionaba un marco legal exclusivo para proteger las libertades, pero ese monopolio no implicaba que los contenidos del derecho fueran creados por el Estado; este se limitaba a proteger las interacciones naturales de las libertades¹⁶.

A pesar del éxito iusnaturalista, a principios del siglo XIX aparece en Alemania un rechazo creciente de esas doctrinas representadas entonces por los kantianos. Como indiqué más arriba no apareció una alternativa doctrinal nítida, pero puede ser interesante comprobar si en estas nuevas tendencias continuó afianzada la centralización estatal de la creación jurídica. A causa de esa diversidad de tendencias, resulta complicado clasificar los juristas que trabajan en Alemania durante esos años. El primer grupo del que me ocuparé está formado por autores que abren las nuevas vías, aunque aún conserven algunos anclajes en planteamientos del siglo XVIII.

¹⁴ Cfr. TAU, V., *Casuismo y sistema*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, pp. 54 y ss.

¹⁵ Cfr. BERGBOHM, C., *Jurisprudenz...*, cit., p. 204 y ss. Judith Hilker, por el contrario, sostiene que los iusnaturalistas modernos alemanes en general no adoptaron actitudes abiertamente revolucionarias. HILKER, J., *Grundrechte im deutschen Frühkontitutionalismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pp. 26 y ss. Es cierto, pero sus doctrinas individualistas destruyeron el sustrato teórico de la sociedad estamental.

¹⁶ Cfr. por ejemplo KANT, I., *La Metafísica de las costumbres* (trad. A. Cortina y J. Conill), Tecnos, Madrid 1989, p. 137. Sobre los fines del Estado en el iusnaturalismo kantiano cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 147 y ss, 171 y ss.





III. INICIADORES

Gustav Hugo (1764-1844) fue uno de los autores empeñados en dar nuevos aires a la ciencia jurídica alemana. Se formó en Gotinga en un ambiente favorable al conocimiento basado en la experiencia, gracias a las relaciones de Hannover con Gran Bretaña, y completó su aprendizaje con estudios juveniles en Francia. Rechazó el razonamiento basado en principios a priori típico del iusnaturalismo tardío, siguió la estela ilustrada de autores como Hume, y expresó también su admiración por Kant, aunque no por los juristas kantianos¹⁷. A partir de esas influencias Hugo desarrolló una teoría jurídica un tanto ecléctica y compleja. Conviene recordar que no toda la Ilustración fue partidaria de un racionalismo abstracto, sino que tuvo una vertiente favorable a la historicidad tal y como ya resaltara Ernst Cassirer¹⁸. Hugo enlaza con esa corriente, aunque su pensamiento no bebe sólo de esas fuentes filosóficas, sino que también tiene una raíz más específicamente jurídica-romanista.

En su *Manual de Derecho Natural como Filosofía del derecho positivo* explica el origen del derecho a partir de las características antropológicas que conducen a la creación del Estado. El ser humano posee una naturaleza con vertientes animal, racional y social y de ellas se deriva un conjunto de fines variados; la relación entre esos fines puede ocasionar conflictos, y para evitarlos lo racional es someter la decisión de las controversias a un tercero; por este motivo es racional la unificación en un mismo pueblo, país y constitución bajo una sola autoridad; surge así el estado jurídico que proporciona el medio para cumplir los fines que la naturaleza otorga¹⁹. Hugo opina que importa poco la forma en que surja esa autoridad. Niega que ocurra mediante el acuerdo voluntario, tal y como se ha considerado racional hasta el momento: ese origen contractualista ni ha existido ni puede existir. La falsedad de este supuesto fundamento la enseña la experiencia cotidiana, porque hay obligación de obediencia también a autoridades surgidas de la casualidad o del poder²⁰. Todas las constituciones del mundo han aumentado o disminuido mediante conquista y otros hechos casuales sin que fuera necesario el consentimiento del conquistador o de la

¹⁷ Cfr. MARINI, G., *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 14 y ss.

¹⁸ Cfr. CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, F.C.E., 1984, pp. 222 y ss.

¹⁹ Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des PrivatRechts*, August Mylius, Berlin, 1819, p. 97.

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 98.





región conquistada. Dentro del propio Estado tampoco existe consentimiento para fundar las relaciones entre gobernado y gobernante²¹. Con independencia de las variaciones históricas que causan las distintas formas de organización política, Hugo hace hincapié en la reciprocidad de obligaciones para fundar lo político. Por una parte, proclama la «obligación sagrada» de obedecer en conciencia la constitución a la que se pertenezca, es decir a la autoridad que tenga el poder y mediante la que es protegido el estado jurídico; al particular no le está permitido ignorar esta obligación porque piense que hay constituciones mejores o porque esa autoridad sea producto del azar. Por otra parte, los gobernantes tienen la obligación de procurar lo mejor para todos y de conservar el estado jurídico²². En esta obligación de protección parece estar el fundamento jurídico del Estado. Como ya he dicho, Hugo rechaza el recurso al contrato defendido por el iusnaturalismo moderno, pero no deja de ser curioso que al mismo tiempo utilice el recurso a un sistema de protección a cambio de obediencia, porque esa es la base última del contractualismo iusnaturalista²³.

Para explicar más pormenorizadamente el auténtico origen del Estado, Hugo explica que las sociedades humanas se han desarrollado históricamente en una serie de etapas: la existencia de pastores nómadas, el origen de la agricultura, el desarrollo del comercio y la industria y la invención del dinero y la escritura²⁴. Otras circunstancias de origen natural como el clima o las caracte-

²¹ Cfr. *ibid.*, pp. 514 y ss. Las críticas de Hugo al concepto del contrato social son muy parecidas a las de Hume en su *Del contrato original*. Cfr. D. HUME, *Ensayos morales, políticos y literarios*, ed. de E.F. Miller (trad. C. Martín), Trotta-Liberty Fund, Madrid 2011, pp. 405 y ss. Hugo cita los *Essays* de Hume (junto con otras obras) en el *Manual de Derecho natural*, aunque no al rechazar el contrato social.

²² Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., p. 512.

²³ Los juristas romanistas habían fundado el derecho de gentes, creador de gobernantes y leyes (entre otras cosas) y limitador de la libertad propia del estado de naturaleza, en la utilidad que proporcionaba para solucionar los conflictos entre individuos que vivían sin sociedad política. Este tópico fue empleado después (aunque de manera diferente) por los iusnaturalistas modernos. Esta relación entre el estado de naturaleza romanista medieval y el moderno la señaló Francisco Carpintero. Cfr. su *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977.

²⁴ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., pp. 158 y ss. Esta explicación por etapas no era original: aparece en Turgot y Adam Smith. Vid. R. L. MEEK, «Smith, Turgot and the Four Stages Theory», *History of Political Economy*, nº 3 (1971), pp. 9-27. Smith expone esa narración histórica en las lecciones impartidas en la Universidad de Glasgow. Cfr. SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, ed. por R.L. Meek, D.D. Raphael y P.G. Stein, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 14 y ss., 208. En su *Investigación sobre la riqueza de las naciones* también se refiere a esos aspectos. Cfr. SMITH, A., *Una investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* (trad. de G. Franco), Fondo de





rísticas del suelo también ejercen influencia sobre las necesidades humanas y la organización política. Aquí aparece la cita de Montesquieu²⁵.

Con independencia de las particularidades específicas adoptadas por cada comunidad, Hugo mantiene que la característica fundamental de la autoridad política es ser independiente y poseer el poder supremo sobre un territorio, un poder manifestado mediante reglas que son jurídicas porque llevan aparejada la posibilidad de ser aplicadas coactivamente²⁶. La referencia a la coacción como seña identificadora del poder político parece indicar la adhesión positivista de Hugo. Sin embargo, como he mencionado ya, también la adoptaron los iusnaturalistas modernos²⁷. Hugo se limita a seguir un carril ya transitado a principios del siglo XIX.

Él se preocupa de subrayar que el estado jurídico perfecto requiere unidad completa: todas las «esencias racionales» que puedan relacionarse entre sí deben (utiliza la palabra *sollen*: está hablando de exigencia moral no técnica) estar sometidas a una autoridad suprema. Y esto sólo es posible con la formación de un poder único para todo el planeta; ese poder no implica necesariamente sub-

Cultura Económica, México, 1984, pp. 343 y ss. Hugo cita en su *Manual* a Smith, aunque no los apuntes que quedaron inéditos hasta mucho después. Hugo también se refiere a los fisiócratas sin especificar autores. Una fuente más inmediata para Hugo pudo ser August Ludwig Schlözer, que menciona una descripción muy similar. Cfr. SCHLÖZER, A.G., *Allgemeines Statsrecht und Verfassungslere*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1793 (reprint de Keip, 1970), pp. 31 y ss. Landsberg considera a Schlözer un autor de tendencias ilustradas crítico del despotismo. LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, parte 3, vol. 2, Oldenbourg, Múnich, 1898, pp. 225, 425. Friedrich Meinecke menciona el papel importante de Schlözer en el desarrollo del pensamiento histórico en la escuela de Gotinga. Cfr. MEINECKE, F., *El Historicismo y su génesis*, trad. J. Mingarro y T. Muñoz, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1983, p. 246. Hugo cita a Schlözer, aunque en otras partes del *Manual*. De todas formas, eran ideas antiguas. Aristóteles ya había escrito sobre las diferentes actividades protagonizadas por cazadores, agricultores, comerciantes en la Política. ARISTÓTELES, *Política* (trad. C. García Gual y A. Pérez Jiménez), Tecnos, Madrid 2004, pp. 131 y ss. Hugo cita esta obra de Aristóteles en el *Lehrbuch*, aunque no al tratar este asunto.

²⁵ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., pp. 172 y ss.

²⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 98, 101-102.

²⁷ Que lo normativo exige inexcusablemente la presencia de una voluntad superior ordenadora era algo que habían expuesto ya los teólogos escolásticos desde la Baja Edad Media, y posteriormente de manera muy precisa Francisco Suárez. Cfr. BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*, PUF, Paris, 1990, pp. 362 y ss. CARPINTERO, F., *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino y los otros escolásticos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 2004, pp. 229 y ss., 327 y ss. Pero estos escolásticos tardíos no identificaban el derecho con el poder, porque afirmaban la existencia de un derecho natural que lanzaba demandas de justicia rígidamente objetiva a los legisladores humanos.





ordinación a un rey, sino a un gobierno en general; tampoco podrá ser una mera asociación de pueblos, o una asamblea voluntaria; debe ser un auténtico poder supremo, aunque pueda adoptar formas y constituciones variadas, incluyendo la existencia de gobiernos subordinados (cita el caso del Imperio alemán, aunque se apresura a aclarar que es un mal ejemplo). Este Estado es una «idea de la razón», porque lo cierto es que no existe en realidad: los pueblos actuales están divididos. La situación política actual está compuesta de comunidades políticas independientes con límites temporales, territoriales y humanos. Cada autoridad tiene un territorio determinado y todo lo que se encuentra allí está sometido a su poder. También se identifica esa constitución con los hombres que a ella pertenecen vinculados mutuamente bajo la autoridad superior²⁸.

Hugo piensa que la diversidad de autoridades políticas (que, a su juicio, produce numerosas desventajas) se debe a la evolución de las sociedades movida por circunstancias múltiples y variadas, pero afirma que la verdadera explicación para la pluralidad de Estados es la costumbre. En efecto, admite que por ahora la división es inevitable a causa de la costumbre dominante que decide por sí misma: no es posible construir la unidad contra la voluntad de los demás. Utilizando la terminología kantiana (aunque en un sentido diferente) sostiene que la existencia de Estados es una situación jurídica imperfecta, jurídicamente provisional y no perentoria, que sirve como medio para evitar una situación completamente ajurídica²⁹. Y la falta de derecho la considera, como ya he indicado, contraria a los fines propios del ser humano.

A partir de lo expuesto parece que Hugo tiene claro que el derecho sólo existe dentro de una comunidad política, pero al reparto de la potestad creadora del derecho dentro de la comunidad le dedica un análisis más preciso. Lo introduce al distinguir entre el derecho público y el privado. El público está directamente relacionado con la política (comprende el *Staatsrecht*, encargado de organizar el Estado) y procede directamente de la decisión legislatora, mientras que el privado trata de las relaciones entre particulares y tiene un carácter más independiente de esa acción política. No es extraño que Hugo hiciera esta distinción, porque era un jurista romanista y para esa escuela, tal y como se había configurado desde la Edad Media, el derecho se había convertido primordialmente en una labor de juristas particulares en la que podían

²⁸ Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., pp. 154-155.

²⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 105-106.





intervenir los legisladores aunque de manera derivada y subsidiaria³⁰. En consecuencia, buena parte de la organización de las relaciones sociales se desarrollaba independientemente de los gobernantes. Hugo sigue esta línea, aunque como es habitual en él ve la cuestión con cierta relatividad. El debate lo centra en el mayor o menor peso respectivo que han de tener el derecho público y el derecho privado, es decir, en la amplitud del poder organizador que deba tener el gobernante estatal. Como es habitual, Hugo no da una respuesta taxativa, porque el asunto depende del azar y de la correspondiente configuración de esa sociedad. En efecto, el derecho privado ha surgido para proteger la propiedad privada, es decir la distinción entre lo mío y lo tuyo. Discute con cierta extensión las ventajas y desventajas de la propiedad (las segundas son muy abundantes según Hugo) y concluye que esta y, por tanto, el derecho privado, no son necesarios: hay ejemplos históricos de sociedades que han carecido de tales instituciones. Sí reconoce que la existencia del derecho privado tiene la ventaja de ofrecer protección frente al poder³¹. En todo caso, la cuestión está unida a la circunstancia histórica. Y en la que le ha tocado vivir, existe el derecho privado, que él estudia como romanista. Precisamente al tratar el Derecho romano escribió que un Estado es la unión de una multitud para el aseguramiento de los derechos, en primer lugar frente a individuos dentro del mismo Estado, y en segundo frente a otros Estados o incluso contra las fuerzas de la naturaleza³². El fin más importante de la sociedad civil es la seguridad de lo mío y lo tuyo tanto frente a ataques abiertos como frente a pretensiones aparentemente fundadas; para solucionar estas controversias se instituye la administración

³⁰ Vid. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán, 1975. La falta de un legislador imperial fue una de las causas que provocó ese carácter jurisprudencial del Derecho común.

³¹ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., pp. 116 y ss, 143-144. Schlözer expone esta cuestión de manera muy parecida. Cfr. ID., *Lehrbuch...*, cit., pp. 46 y ss. Para toda la Escuela de Derecho Natural Moderno la protección de la propiedad privada era una finalidad esencial del Estado. En la Ilustración británica, Hume y Smith también piensan que la protección de la propiedad es una de las justificaciones fundamentales del Estado, aunque sin las ideas contractualistas del estado de naturaleza. Hugo considera esa protección como algo en cierto modo dependiente de las circunstancias, no como una necesidad a priori. Incluso a veces parece verla con cierta desconfianza. De manera más extrema Rousseau ya había descrito la propiedad como origen de los males sociales. ROUSSEAU, J.J., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres», en ID., *Del Contrato Social. Discursos* (trad. M. Armiño), Alianza, Madrid 1986, pp. 205 y ss. Opiniones como la de Rousseau reflejaban un ambiente algo extendido ya en la segunda mitad del siglo XVIII.

³² HUGO, G., *Lehrbuch eines civilistischen Coursus*, Berlín; *Lehrbuch eines civilistischen Coursus*, August Mylius, Berlín, 1799, pp. 2-3.





de justicia, formada por terceros imparciales nombrados por el Estado³³. Y al explicar la distinción romana entre derecho público y privado precisa que el derecho público es determinado por el poder, mientras que el derecho privado brota de la confianza en el saber de aquellos a los que se otorga esa capacidad creadora³⁴. Es interesante al respecto que Hugo distinga entre la filosofía del derecho positivo y la filosofía de la legislación; el motivo de esa distinción es que no todo el derecho vigente en un país depende de leyes arbitrarias³⁵. Con esta expresión pretende decir que el legislador no puede elaborar la totalidad del derecho mediante decisiones libres, sino que ha de tener en cuenta las características de la antropología humana, en la que aparece la naturaleza racional y social del ser humano y las necesidades que surgen desde ella.

A pesar de que la distinción entre derecho público y privado sea en buena medida circunstancial, Hugo desconfía en *Manual* de la capacidad omniabarcante el poder político. Se plantea si todas las normas jurídicas dependen de la voluntad de la autoridad superior en su vertiente legisladora, bien de manera expresa o implícita, o si hay otras fuentes para esas normas. Reconoce que algunos afirman que todo el derecho debe depender del poder supremo de un solo sujeto, pero alega también que contra ese monopolio hablan la propia historia del origen de todo derecho positivo y el ejemplo de los pueblos cultos, además de la imposibilidad de regulaciones exhaustivas mediante leyes expresas. Esa imposibilidad se debe a que el derecho se comporta de manera parecida a la moral y al lenguaje y sus leyes no pueden ser establecidas por completo desde una autoridad suprema. En consecuencia, costumbres y opiniones de juristas aparecen en el derecho privado como fuentes adicionales³⁶.

Ante la independencia que otorga a las relaciones jurídico-privadas frente al poder político estatal, cabe preguntarse si Hugo defiende la existencia de al-

³³ HUGO, G., *Institutionen des heutigen Römischen Recht*, August Mylius, Berlín, 1789, p. 15.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch eines civilistischen...*, cit., p. 2

³⁶ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., pp. 153, 154, 196-200. Sobre esta postura de Hugo cfr. EICHENGRÜN, F., *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1935, pp. 62 y ss. MARINI, G., *L'opera di Gustav Hugo...*, cit., pp. 41 y ss. MONNHAUPT, H., «Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem», *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, n° 40 (2011), p. 36. Por esos mismos motivos, será necesario completar esas reglas en el momento de su aplicación mediante recursos como la analogía o derechos vecinos similares; en cambio, no es lícito recurrir al simple Derecho natural o mera metafísica de la teoría del derecho: la integración debe hacerse desde el mismo derecho positivo. Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch eines civilistischen...*, cit., pp. 9, 8.





guna racionalidad intrínseca a las relaciones humanas que vincule al legislador. Él rechaza que esas relaciones jurídicas sean producto de una racionalidad a priori, y parece aceptar que han surgido en buena medida de circunstancias casuales. Sostiene que la realidad del derecho positivo se basa en hechos; aunque subraya que tales hechos no tienen nada que ver con un contrato originario sino que consisten en el destino o el azar, que, según una cita de Chamfort que aduce, no es sino el sobrenombre de la Providencia. Intervienen también el poder de los más fuertes mediante la conquista, el reconocimiento de quienes tienen un conocimiento superior y, en suma, la costumbre como disposición natural³⁷. Hugo escribe que aquello en lo que millones de personas están de acuerdo y consideran correcto no puede ser completamente contrario a la razón³⁸. Su afirmación puede ser una muestra de escepticismo ilustrado, pero él era romanista y la mentalidad de esos juristas concedía una importancia grande a la opinión común como fuente de racionalidad³⁹.

No es extraño que los historiadores se hayan mostrado vacilantes a la hora de valorar los fundamentos que Hugo da a su teoría jurídica. Para algunos fue un empirista que aceptó todo lo existente en la sociedad⁴⁰. Otros, en cambio, lo ven como un jurista escéptico frente al racionalismo apriorístico de los iusnaturalistas, influido por cierto pragmatismo ilustrado, pero convencido de los aspectos racionales universales presentes en el conocimiento⁴¹. Fritz Eichengrün y Francisco Carpintero recuerdan la filiación romanista de Hugo y su defensa de una razón circunstanciada y adherida a las particularidades de cada realidad social, tal y como entendían esos juristas⁴².

³⁷ Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch eines civilistischen...*, cit., pp. 6-7

³⁸ Cfr. HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrecht...*, cit., p. 44. Hay que recordar aquí el escepticismo de Hume y la relevancia que concede a la opinión general en las cuestiones prácticas, ideas que ejercieron influencia en Hugo.

³⁹ Cfr. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto...*, cit., pp. 150 y ss.

⁴⁰ Así lo veía Leopold August Warnkönig, un jurista alemán afín a la Escuela Histórica, aunque reconocía que Hugo no era el escéptico absoluto que algunos pensaron al admitir cierto ideal racional para el derecho de corte utilitarista. Cfr. WARNKÖNIG, L.A., *Rechtsphilosophie als Naturlebre des Rechts*, Friburgo, 1839 (Reprint de Scientia, Aalen, 1969), p. 158. Para González Vicén Hugo sí fue un escéptico radical. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx...*, cit., p. 191.

⁴¹ Cfr. LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen...*, cit., pp. 31 y ss. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, pp. 379 y ss. MARINI, G., *L'opera di Gustav Hugo...*, cit., pp. 53 y ss., 111 y ss.

⁴² EICHENGRÜN, F., *Die Rechtsphilosophie...*, cit., pp. 51 y ss., 69, 78 y ss. Cfr. CARPINTERO, F., *Los orígenes del Positivismo...*, cit., pp. 163 y ss. Eichengrün también reconoce las influencias de la Ilustración (cit., 83, entre otras).





Otro jurista de transición es Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833). En los momentos iniciales profesó el iusnaturalismo de corte kantiano y prestó bastante atención a la armonización de los derechos individuales mediante el Estado. Explicaba entonces que los derechos se fundamentan en la razón, porque la ley moral exige que el individuo actúe libremente, es decir, arbitrariamente según la terminología kantiana; esa capacidad se plasma en la existencia de derechos individuales que permiten las acciones libres. Pero su ejercicio crea problemas: los individuos utilizan esos derechos para satisfacer sus opiniones particulares sobre la felicidad; estas chocan entre sí inevitablemente, porque son subjetivas. Al mismo tiempo es una necesidad racional de la libertad mantener los derechos. Para solucionar esa lucha la razón establece un procedimiento formal que garantice la armonía de opiniones particulares, es decir, el Estado⁴³. Avanza en su análisis en otro tratado publicado poco después y titulado *Antihobbes* en el que señala a este como su principal enemigo por defender el «despotismo y la obediencia esclava». Lo cierto es que en esta obra se mueve en el marco del iusnaturalismo moderno que en última instancia se remite a Hobbes, aunque Feuerbach haga hincapié en los derechos ciudadanos a la desobediencia cuando el gobernante incumpla sus obligaciones. Feuerbach plantea su teoría desde un racionalismo apriorístico, porque expone el Estado propio de la razón pura y no el empírico; la finalidad de este Estado es asegurar las libertades del hombre según su naturaleza racional⁴⁴. Para explicar cómo conseguirlo, Feuerbach diferencia en cada individuo su interés público como ciudadano y su interés privado como particular. Por otra parte, la voluntad del Estado es la voluntad general que ha de coincidir con la de cada uno. El Estado puede obligar coactivamente a los súbditos a subordinar su interés privado al público, pero esta coacción no vulnera la libertad, porque en el Estado la voluntad es coaccionada por sí misma; ese derecho a la coacción estatal está contenido en nuestro contrato de ciudadanos⁴⁵. Nada nuevo que los

⁴³ Cfr. FEUERBACH, P.J.A., *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Daseyn und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, Wilhelm Hensius, Leipzig, 1795, pp. 87, 99 y ss. Es la propuesta de toda la Escuela de Derecho Natural moderno.

⁴⁴ Cfr. FEUERBACH, P.J.A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Obernbern*, Henningschen Buchhandlung, Erfurt, 1798, pp. 13, 19-20.

⁴⁵ FEUERBACH, P.J.A., *Anti-Hobbes...*, cit., pp. 41-46. Esta distinción entre el interés particular y el del ciudadano aparece en ROUSSEAU, *Del Contrato social...*, cit., pp. 25-26. Encontramos ideas parecidas en el pensamiento del autor al que dedica Feuerbach su *Anti-Hobbes*, es decir, Gottfried Hufeland. Cfr. sus *Lehrsätze des Naturrechts*, C.H. Cuno's Erben, Jena, 1795, pp. 230 y ss., 245-246. Cfr. también la idea de voluntad universalmente legisladora en KANT, I., *La Metafísica...*, cit., pp. 150 y ss. Es una idea central de la concepción política moderna.





kantianos o Rousseau no hubieran expuesto ya. A partir de ese contrato surge el órgano de la voluntad general, es decir, el poder supremo o *Regent*, que tiene entre otros el derecho a establecer las obligaciones de los ciudadanos mediante leyes y mandatos⁴⁶. Pero no es un poder ilimitado. Si un gobierno incumple el contrato original deja de actuar como la voluntad general y el ciudadano tiene derecho a desobedecerle. Feuerbach aclara que el poder supremo es la voluntad general misma, no las personas concretas que puedan gobernar; no es posible la resistencia a la voluntad general, pero sí frente a mandatos concretos que se desvían de ella⁴⁷.

A principios del siglo XIX Feuerbach abandona paulatinamente el pensamiento apriorístico grato al iusnaturalismo de corte kantiano, pero no la visión del Estado como fuente única del derecho. Francisco Carpintero ha destacado la importancia para el Positivismo jurídico del discurso que Feuerbach dedica a la relación entre Filosofía y empiria en la ciencia jurídica positiva⁴⁸. Sigue admitiendo la existencia de una ley eterna de la Razón, ajena a lo empírico y vinculante para todos, sin embargo, advierte, sus exigencias deben ser trasladadas al reino de la experiencia sensible y al hacerlo surgen problemas. La vida jurídicamente organizada requiere un derecho válido general e igual para todos; esa tarea la desempeña el Estado al administrar justicia en la sociedad civil, y para realizarla correctamente es preciso un juicio que aplique los preceptos generales de la ley de la Razón a las relaciones y condiciones concretas de la sociedad. Feuerbach piensa que ese juicio es difícil, porque sujetos diferentes llegarán a conclusiones diversas a partir de los mismos principios. El juicio humano abandonado a sí mismo es fuente de contradicciones y conduce a la falta de unidad: las disputas de los filósofos son, según este jurista, un buen ejemplo⁴⁹. La solución que él propone consiste en someter el juicio de cada individuo particular al juicio único expresado por la autoridad suprema que tenga validez y vigencia universales; este juicio público establece lo que debe ser reconocido como derecho sin contradicción frente al juicio individual, que carece de validez práctica; el autor de ese juicio público no es otro que el legislador positivo⁵⁰. Feuerbach

⁴⁶ FEUERBACH, P.J.A., *Anti-Hobbes...*, cit., pp. 30 y ss.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 121 y ss., 256.

⁴⁸ Cfr. CARPINTERO, F., *Una Introducción...*, cit., p. 119.

⁴⁹ FEUERBACH, P.J.A., «Über Philosophie und Empirie in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede», en K. LÜDERSSEN (ed.), *Theorie der Erfahrung...*, cit., pp. 68-69.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 70-71.





precisa que, si bien el legislador interpreta y aplica la ley universal de la razón, el fundamento de la validez práctica de sus decisiones es la autoridad que él obtiene como emanación de la voluntad suprema, y que debe ser obedecida como voluntad de todos, incluyendo a quienes su juicio privado les hace estar en desacuerdo con el legislador. Para explicarlo vuelve a la idea expresada en su *Antihobbes*: la necesidad de distinguir entre el hombre como hombre, que conoce sus derechos gracias a la razón y el ciudadano como ciudadano, que obtiene sus derechos y obligaciones sólo desde la ley positiva; la obediencia del ciudadano no puede estar condicionada por su opinión o supuesto conocimiento sobre la corrección de la ley; si así fuera, el juicio privado se superpondría al público, la ley quedaría sometida a la casualidad de la multiplicidad de opiniones y parecería la anarquía; la única forma de evitarlo es el dominio incondicionado de la ley. Feuerbach admite que el ciudadano debe reflexionar e incluso criticar la ley, pero como hombre; el ciudadano debe actuar como si no existiera nada superior a la ley estatal, y si rechaza la ley es un rebelde; por otra parte, el juez que da rodeos al interpretar la ley para amoldarla a su filosofía particular es un falsario⁵¹.

Esta explicación de Feuerbach sigue siendo afín a posturas iusnaturalistas, porque el mismo Kant mantuvo la obediencia incondicionada al legislador, con independencia de su origen o la calidad de sus mandatos⁵². Kant funda esa obediencia en la idea a priori de estado jurídico, pero Feuerbach ahora parece tener en cuenta criterios menos abstractos. Aunque admita la ley de la razón, entiende que la organización social se mueve en el mundo de la experiencia humana, incapaz de un saber seguro. Por ese motivo ve imposible confiar en los juicios empíricos acerca de lo justo, de manera que es mejor remitir el establecimiento de reglas de convivencia a un poder central unitario.

Precisamente la necesidad de una nueva organización social preocupaba a Feuerbach. En un texto dedicado a la situación de la ciencia jurídica alemana a principios del siglo, se queja de su alejamiento de la realidad y reclama una legislación que atienda a las nuevas situaciones. Ahora desconfía abiertamente de racionalidades a priori y reclama atención a la experiencia tal y como ha hecho, explica, Montesquieu. Previa a esa experiencia, la razón es capaz de alguna aportación interesante, como la de mostrar la necesidad de un estado jurídico entre los hombres, pero la manera de conseguirlo depende

⁵¹ *Ibid.*, pp. 72-73.

⁵² Cfr. KANT, I., *La Metafísica*, cit., pp. 149 y ss.





de la experiencia; es necesario sustituir el *Naturrecht* formal y alejado de la realidad por una Filosofía de la legislación, es decir, una Política que satisfaga las nuevas necesidades⁵³. Adopta cierto tinte dramático al escribir que ya no es tiempo para los sueños del pensamiento puramente especulativo, porque ha llegado una época nueva en la que lo viejo yace en ruinas. Es el momento de la acción, pues donde se ha destruido mucho hay mucho por construir; esa será tarea de las constituciones y la legislación, las grandes palabras directrices de nuestros días. Feuerbach piensa que en estos tiempos turbulentos dominados por un espíritu destructivo, creador, fuerte y activo, las ciencias prácticas deben adoptar nuevas forma y dirección y, dirigidas por la experiencia, despertar a una vida fresca. Afirma que ha surgido un nuevo mundo para la jurisprudencia y la ciencia de la legislación, porque muchos de los límites y obstáculos que en el pasado impedían la libertad de acción han desaparecido: buena parte del «grotesco edificio» de la jurisprudencia alemana ha sido destruido y lo que queda (el Feudalismo, las leyes del Imperio alemán, el derecho canónico como parte del derecho privado), es similar a los añadidos extraños a los templos antiguos que estropean su apariencia y están próximo a la destrucción. El modelo de la reforma es, para Feuerbach, el Código Civil de Napoleón y la clave para conseguirlo es un método que parta del análisis de la experiencia y elabore las reglas generales mediante conceptos sintéticos que se plasmen en el código⁵⁴.

No eran meras proclamas, porque él dio ejemplo con su actividad de penalista, a la que debe su fama. Intentó con ahínco reformar el Derecho Penal a partir de los presupuestos ilustrados, sobre todo mediante los puestos políticos que ocupó en Baviera⁵⁵. El Derecho Penal era materia especialmente delicada en aquellos tiempos de cambio y Feuerbach le insufló los principios inspiradores del Estado de derecho: legalidad, vinculación de los jueces a la norma. Es coherente que comience su tratado de Derecho Penal afirmando que el derecho implica el sometimiento a la voluntad común del estado y negando que la práctica judicial fuera fuente de derecho en la materia, algo comúnmente

⁵³ Cfr. FEUERBACH, P.J.A., «Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft», en *Kleine Schriften vermischte Inhalts*, Theodor Otto, Nuremberg, 1813, pp. 166-168.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 172 y ss.

⁵⁵ Sobre la actitud liberal de Feuerbach, CATTANEO, M.A., *Anselm Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, Milán, pp. 269 y ss. 547 y ss. Cfr. también, HILKER, J., *Grundrechte...*, cit., p. 147.





admitido en el Antiguo Régimen⁵⁶. Es la lucha por la seguridad jurídica la que inspira estas ideas⁵⁷.

Estas aspiraciones indican que las llamadas de Feuerbach a la experiencia no remiten a un empirismo escéptico. Feuerbach explica al respecto que la filosofía o ciencia de la legislación es la maestra del legislador y lo dirige según reglas de justicia vinculantes. Expresamente defiende la necesidad de que el Estado procure el bienestar público y critica a quienes piensan que sólo existe el bienestar particular conocido y procurado por cada individuo. Rechaza, en consecuencia, que el Estado tenga que limitarse a garantizar la libertad de los individuos y que esté imposibilitado para ocuparse del bienestar de la población. Esta protección más amplia de la justicia es imprescindible para la existencia de la sociedad y el Estado⁵⁸. Reconoce que los contenidos de la justicia varían según el lugar y el tiempo, porque la justicia es múltiple en sus formas, pero en realidad es una y la misma en todas las ocasiones y actúa como fundamento del Estado⁵⁹. Como reformador piensa que esa es la justicia que debe inspirar la creación de un código para Alemania⁶⁰. El código no puede ser producto de la razón ideal ni de una decisión arbitraria que cree el derecho por sí misma. El legislador debe seguir el ejemplo de los romanos al elaborar las Doce Tablas; no tiene que copiar el derecho existente, sino corregir, quitar y añadir en función de las necesidades y exigencias de la vida cotidiana filtradas por la ciencia jurídica⁶¹. Parece claro que para este jurista el Estado no cuenta con poder omnímodo para organizar la vida jurídica, sino que su función es ordenarla y armonizarla para sustituir el desorden del Antiguo Régimen⁶².

⁵⁶ Cfr. FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, trad. de E.R. Zaffaroni y I. Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 58 y ss., 93 y ss.

⁵⁷ Según Cattaneo esto es un ejemplo de los fines buscados por el «Positivismo legalista» de la época. CATTANEO, M.A., *Anselm Feuerbach...*, cit., pp. 536 y ss., 545. Sobre la actitud contraria al Antiguo Régimen de este tipo de actitudes cfr. R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1986, pp. 39 y ss.

⁵⁸ FEUERBACH, P.J.A., *Die hohe Würde des Richteramts*, 1817, ed. de E. WOLF, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1948, pp. 5-6.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 9

⁶⁰ FEUERBACH, P.J.A., *Historische Rechtswissenschaft und deutsche Gesetzgebung*, 1810-1824, ed. de E. WOLF, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1948, pp. 16 y ss.

⁶¹ FEUERBACH, P.J.A., *Historische Rechtswissenschaft...*, cit., pp. 19-21.

⁶² Una aspiración que no era nueva. La necesidad de ordenar la realidad jurídica la proclamó ya el Humanismo jurídico.





Esta actitud la compartía con otros juristas de la época. El civilista Anton Justus Friedrich Thibaut (1772-1840) ha sido especialmente conocido por su polémica con Friedrich Carl von Savigny acerca de la necesidad de un Código Civil en Alemania. Thibaut experimentó influencias kantianas iniciales, aunque ha sido considerado un «positivista científico» por Ernst Landsberg y Franz Wieacker a causa de su defensa de un derecho legislado, preciso conceptualmente y aplicable de manera precisa por jueces y juristas⁶³. Pero es necesario recordar que su intención al hacerlo, tal y como nos explica el mismo Thibaut, es conseguir una ciencia jurídica verdadera, filosóficamente inspirada, ajena a la corrupción y ocupada con un derecho nacional sencillo y adecuado al espíritu alemán. El Código encarna esa pretensión, aunque según Thibaut, sólo para el derecho privado. Que esa labor ordenadora esté en manos del legislador no quiere decir que este tenga libre disponibilidad sobre la realidad jurídica. Thibaut explica que no toda regulación imaginable de hecho es por eso mismo justa y acertada, porque las leyes civiles se fundan en el corazón, el entendimiento y la razón de los hombres⁶⁴. Y añade que la legislación positiva no es producto inevitable de la irracionalidad ni del arbitrio, porque existen principios filosóficos permanentes que marcan orientaciones para el legislador⁶⁵. Desde luego, sí tiene claro que el derecho se compone de leyes estatales. Al exponer el derecho romano este jurista explicó que las leyes son aquellas normas cuyo cumplimiento puede exigirse coactivamente. Y consideraba que la fuente más importante del derecho civil o positivo es el mandato del gobernante; la decisión del juez o la autonomía de la voluntad del ciudadano también pueden tener esa función cuando lo permite el poder legislativo. Thibaut une la identificación de derecho y ley con la existencia de un derecho natural y de un derecho de gentes basado en la sana razón, tal y como aparecía en las fuentes romanistas⁶⁶. No era muy romanista, sin embargo, esa identificación

⁶³ Esta catalogación aparece en LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen...*, cit., pp. 72 y ss. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte...*, cit., pp. 420 y ss. Pero es preciso señalar que este Positivismo científico tiene muy poco que ver con la ciencia de corte empirista.

⁶⁴ THIBAUT, A.J.F., *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, 1814 (trad. de J. Díaz), Aguilar, Madrid 1970, pp. 12-13, 20, 36-37.

⁶⁵ THIBAUT, A.J.F., «Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze», en ID., *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, J.M. Manke und Sohn, Jena, 1817 (Reprint, Aalen, Scientia, 1970), pp. 135-136, 145, 160.

⁶⁶ Cfr. THIBAUT, A.J.F., *System des Pandekten-Rechts*. I. Cannstadt, C.F. Richter, 1834 (reprint, Frankfurt a.M., Keip, 1982), pp. 3, 7, 9-11.





del derecho con la ley y la coactividad, aunque como ya he dicho tampoco era una novedad decimonónica.

Ernst Landsberg afirma que Thibaut tuvo especial interés por encontrar y promover la razón y la moralidad en el derecho, cuya finalidad no era otra que el bienestar humano; para conseguirlo defendió el empleo de códigos y leyes claras aplicables estrictamente⁶⁷. Al fin y al cabo el que Landsberg y Wieacker llaman Positivismo científico no era la mera afirmación de la facticidad bruta del poder en el derecho. No es extraño que Bergbohm pensara que tanto Feuerbach como Thibaut seguían influidos por un racionalismo que él creía iusnaturalista⁶⁸.

IV. UN PASO MÁS HACIA EL POSITIVISMO

En la primera mitad de la Alemania decimonónica destaca, según Francisco Carpintero, la posición de dos juristas a los que considera «positivistas estrictos» por su identificación del derecho con el Estado: Nikolaus Falck (al menos algunas de sus páginas, advierte Carpintero) y Johann Friedrich Kierulff⁶⁹.

Nikolaus Falck (1784-1850) estudió Derecho, Teología y Filosofía. Tuvo cargos administrativos y desempeñó labores docentes, tanto en Dinamarca como en Schleswig-Holstein⁷⁰. Publicó una exitosa *Enciclopedia jurídica* y en ella muestra que tiene claro el carácter central del Estado en la vida jurídica. Al comenzar escribe que el derecho es el conjunto de principios, prescripciones y reglas a los que están sometidos los hombres que viven en un Estado o sociedad civil; estos preceptos pueden ser aplicados mediante coacción en caso necesario. El derecho presupone, añade, la existencia de asociaciones o uniones que reconozcan sus normas y garanticen los medios para su cumplimiento. Según Falck, la existencia real de esas asociaciones es un hecho generalmente reconocido que no necesita prueba. El nombre habitual que reciben es el de sociedad civil y cuando está encerrada en fronteras geográficas delimitadas y es independiente de otras uniones similares la llamamos Estado. El motivo para crearlo no es sólo la tendencia a la sociabilidad fundada en la natura-

⁶⁷ Cfr. LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen...*, cit., pp. 72 y ss.

⁶⁸ Cfr. BERGBOHM, K., *Jurisprudenz...*, cit., p. 186.

⁶⁹ Cfr. CARPINTERO, F., *Los orígenes del Positivismo...*, cit., pp. 125 y ss.

⁷⁰ Cfr. VOLK, K., *Die juristische Enzyklöpadie des Nikolaus Falck. Rechtsdenken im frühen 19 Jarhundert*, Duncker & Humblot, Berlín, 1970, pp. 14-15.





leza humana, sino también la determinación moral de asegurar la existencia terrena contra posibles ataques. Conseguir la paz requiere la coacción que proporciona la asociación de una gran cantidad de individuos. A partir de esa finalidad Falck precisa la definición de derecho escribiendo que se compone de aquellas prescripciones cuyo cumplimiento mediante la voluntad común de la unión asegura la consecución de la paz⁷¹.

La consideración de los fines que ha de proteger el Estado separa a Falck del iusnaturalismo moderno. Frente a él, afirma que la libertad individual no es la única base del Estado. Los preceptos que este garantiza no sólo se refieren a la conservación exterior, sino también a otros bienes vitales; esta extensión es fácilmente comprensible, explica Falck, si tenemos en cuenta que el Estado y los conceptos de obediencia, orden, moral y derecho se ha desarrollado históricamente a partir de la familia. El Estado no es otra cosa que la unión de familias y según Falck esto no es un hecho contingente, porque estos principios se encuentran en todos los pueblos⁷².

Aparentemente, el Estado así surgido es la única fuente de derecho. Falck explica que las prescripciones procedentes del poder estatal regulan las relaciones entre los individuos, conservan la existencia de la sociedad como un todo y se ocupan de las características religiosas y morales de la sociedad. En abstracto no hay límites para lo que puede estar contenido en los preceptos estatales⁷³. Parece entonces que la estatalización de la ordenación social puede ser completa. Sin embargo, Falck no piensa que todo el derecho sea un producto de la voluntad legisladora del político estatal. Como ya hemos visto, él piensa que no hay vida social ni derecho sin Estado. Carece de sentido hablar de un derecho preestatal, sea uno puramente racional, sea el denominado propio del estado de naturaleza. Ahora bien, el derecho, que él define como conjunto de normas efectivas en un Estado, no está compuesto sólo por decisiones que establecen reglas de manera positiva o convencional. Estas normas (leyes y costumbres) componen sólo el que Falck denomina elemento «histórico» del derecho; a su lado hay otro permanente e independiente de la voluntad política; este elemento puede ser denominado «natural» (aunque, aclara, en un

⁷¹ Cfr. FALCK, N., *Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauche bei academischen Vorlesungen*, Akademische Buchhandlung, Kiel, 1821, p. 2.

⁷² *Ibid.*, p. 5. Recordemos que ya Aristóteles describió la comunidad política como unión de familias.

⁷³ *Ibid.*, pp. 6-7.





sentido diferente al racionalista) y es producto de la ciencia jurídica; aunque goce de la protección del Estado, la legislación apenas interviene en él⁷⁴. Explica que dentro de esta vertiente aparecen principios jurídicos independientes de la voluntad política cambiante y, por tanto, dotados de mayor estabilidad. Falck no olvida que lo humano tiene carácter mudable y que la ciencia jurídica ha de tenerlo en cuenta, pero afirma que junto a lo variable en el derecho hay «verdades jurídicas racionales» que sólo pertenecen a la ciencia, tal y como ejemplifica el derecho romano. Para que no haya dudas, Falck afirma que las leyes deben tener impresa la justicia y obtienen su mayor honor en dar sanción positiva a los principios jurídicos generales. Y es que en todo derecho hay siempre algo eterno e inmutable⁷⁵. Sólo cuando las leyes contienen esos principios y los individuos son enjuiciados según esas verdades se cumple el fin último de la sociedad civil: la consecución de la paz y la felicidad⁷⁶.

La desconfianza de Falck hacia una politización completa de lo jurídico aparece también cuando se ocupa del problema de la codificación del derecho. Reconoce la inspiración patriótica que ha movido a Thibaut, pero no la considera necesaria. Por una parte, no conseguiría la uniformidad del derecho pretendida; por otra, no responde a las verdaderas necesidades del pueblo. La ordenación de fuentes existente le parece suficiente⁷⁷. Además, opina que no tiene sentido legislar sobre las relaciones que tienen un «carácter puramente jurídico» y vienen reguladas por los principios que elabora la ciencia jurídica. Pone el ejemplo del Ducado de Schleswig, donde la legislación acerca de las materias de derecho privado es escasa, mientras que abunda en los asuntos económicos, financieros, militar y administrativo⁷⁸. La ordenación de las relaciones propias de los ciudadanos debe estar, según Falck, en gran medida al margen de la intervención política, salvo para clarificar o garantizar algún aspecto particular que lo necesite. El derecho privado depende de la existencia del Estado, pero la voluntad política (del legislador o del pueblo en su conjunto manifestada consuetudinariamente) no crea todo el derecho⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. FALCK, N., «Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», *Kieler Blätter*, n° 1 (1818), pp. 7-8, 15-16.

⁷⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 46, 69.

⁷⁶ Cfr. *ibid.*, p. 47.

⁷⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 35, 44.

⁷⁸ Cfr. *ibid.*, p. 60.

⁷⁹ Cfr. FALCK, N., *Juristische Encyclopädie*, p. 75.





A la vista de todas estas ideas, no es sorprendente que Carl Bergbohm indicara que Falck, aunque crítico del *Naturrecht*, defendiera la existencia de verdades jurídicas generales y pretendiera construir un derecho no positivo⁸⁰. Por eso, Francisco Carpintero, que considera algunas afirmaciones de Falck propias de un positivista estricto, también ve en él consideraciones que lo enlazan con la tradición de los juristas europeos, que justificaban el derecho en necesidades y relaciones sociales, relativamente independientes de la capacidad dispositiva del legislador⁸¹.

Otro «positivista estricto», Johann Friedrich Martin Kierulff (1806-1894), estudió en Kiel, entre otros bajo la dirección de Falck, y en Munich con Schelling. En Kiel y Rostock fue profesor aunque en esta última ciudad también ejerció la judicatura⁸². Muestra ciertas influencias de Hegel, algo poco habitual entre los civilistas, como recuerda Franz Wieacker⁸³.

Kierulff critica el *Naturrecht*, al que califica de simple abstracción y al que acusa de arrojar el derecho por la borda y pretender construir uno nuevo desde el yo puro mediante la luz de la naturaleza⁸⁴. Él prefiere cimentar el derecho en el Estado, que es la reunión de una multiplicidad de hombres en la unidad. Su forma es la de un organismo, que aúna la individualidad y la totalidad. Su justificación está en la esencia del ser humano, formada por la libertad y la espiritualidad. Las libertades solitarias pueden conducir al conflicto y, en consecuencia, es necesario crear la unidad que resista la multiplicidad de libertades y busque el equilibrio mediante la construcción de un organismo objetivo de la libertad: el Estado⁸⁵. Dentro de ese organismo, el derecho es el instrumento coactivo que controla el arbitrio individual y protege la totalidad y la unidad. El derecho es la voluntad de la totalidad que dirige y determina la voluntad individual. El derecho realmente existente es el que procede de la voluntad del Estado, es decir, del Estado histórico concreto; éste es la realización histórica de la nación, porque lo abstraído de lo histórico no es nada⁸⁶. Kierulff refuerza

⁸⁰ Cfr. BERGBOHM, K., *Jurisprudenz...*, cit., p. 47. Sobre los caracteres no estatistas de la teoría de Falck cfr. VOLK, K., *Die juristische Enzyklöpadie...*, cit., pp. 81, 125.

⁸¹ Cfr. CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios acerca...», cit.

⁸² Cfr. LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen...*, cit., pp. 261, 592.

⁸³ Cfr. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte...*, cit., pp. 413-414.

⁸⁴ Cfr. KIERULFF, J.F., *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1839, p. XXI.

⁸⁵ Cfr. *ibid.*, p. 1.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 3.





esa posición de la voluntad estatal cuando escribe que el derecho real no es el que procede de la voluntad que debiera dirigir la sociedad, sino de la que efectivamente es puesta en práctica en los enjuiciamientos producidos en un Estado. Porque sólo es derecho el vivo, práctico y vigente, que es una «fuerza comprobable fácticamente»; la prueba de ese hecho consistente en la realización de una voluntad totalizadora es siempre un producto perceptible sensorialmente. Añade un elemento valorativo a este concepto fáctico al indicar que ese derecho real es lo provechoso y útil, cuya consecución es el último fin de la voluntad⁸⁷. Kierulff no ofrece más indicaciones sobre los criterios que permitan discernir esa utilidad. Lo que resulta claro es que para él la voluntad del Estado es la fuente de la juridicidad. En consecuencia, la teoría jurídica se encarga de exponer los principios jurídicos supremos reconocidos en una sociedad, dominantes en un tiempo y Estados determinados, y desde los que se deriva su derecho⁸⁸.

Kierulff distingue entre derecho privado y derecho público, y explica la posición de la costumbre y de la ley como fuentes del derecho privado. La primera carece de estatus independiente, porque la legislación puede limitar a su antojo la vigencia del derecho consuetudinario. Y esto es, según Kierulff el «dogma general dominante hoy». Según la concepción actual del espíritu del Estado, la fuente originaria de la fuerza práctica del derecho consuetudinario es la voluntad implícita del Estado. Curiosamente remacha esta idea, que es importante, en una nota al pie; quizá le parezca tan evidente a esas alturas que no le merece la pena explicitarlo en el texto principal. Indica en esa nota que en un Estado desarrollado hay una voluntad legisladora suprema y a ella hay que referir la fuente última de todo derecho, tanto el consuetudinario como la autonomía de la voluntad de los individuos⁸⁹. La causa, explica, es que la voluntad objetivada del legislador es la conciencia situada por encima de la opinión. El conocimiento manifestado por los individuos acerca de la corrección de la ley es una realidad subjetiva que sólo puede tener influencia en el campo de la teoría de la legislación al tratar sobre leyes posibles. Pero sólo la ley realmente presente es correcta y justa. Kierulff sostiene que el concepto de justicia se subsume en el de ley; injusto es el individuo privado que incumple la voluntad de la ley o el juez que decide de manera inconsecuente con la ley; en cambio,

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. XXIV-XXVII.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 13.





el legislador que se mantiene dentro de los límites constitucionales no puede ser injusto; el derecho sí puede ser calificado de inmoral, pero esa calificación es un juicio absolutamente subjetivo. Para este jurista, el «Estado sano» es el único Estado real, y sólo quiere lo que puede imponer; y sólo puede imponer lo que quiere la nación: es un querer concordante. Cuando a la nación le falta esa voluntad de fuerza, el legislador se aísla de ella y se vuelve ineficaz; en esa misma debilidad el legislador es el auténtico representante de un Estado débil y la prueba más expresiva de la impotencia y enfermedad del Estado⁹⁰.

Tras estas llamadas a totalidades y voluntades Kierulff no proporciona ninguna explicación sobre la manera razonable de extraer criterios para conocer lo que quiere la nación, salvo la referencia escueta a la constitucionalidad del acto legislativo. Lo único que parece estar presente es la voluntad, y un querer sin criterios razonables no es otra cosa que fuerza; desde el planteamiento de Kierulff el derecho es la fuerza organizada del Estado. Como ha señalado Francisco Carpintero, es una conclusión claramente positivista⁹¹. Claro que probablemente ni Kierulff ni quienes como él en el siglo XIX defendieron la estatalización del derecho pretendían una mera alabanza del poder. Carpintero nos recuerda que la confianza en el Estado –heredada de la mentalidad del XVIII propia de pensadores como Rousseau– es una seña de estos positivistas y les veló plantearse siquiera el mal funcionamiento de la unidad estatal⁹². Como resaltó Friedrich Meinecke, en esta época aún mantienen vigencia principios morales influidos por el Cristianismo que atemperan la doctrina de la razón de Estado, o por lo menos permiten pensar que hay un límite moralmente razonable a la actuación política⁹³. Kierulff matiza el monopolio juridificador de la voluntad legisladora al ocuparse de la judicatura. Afirma que la ley es la voluntad real-abstracta que debe hacerse efectiva y concreta mediante el juez, que también es órgano de realización de la voluntad del Estado. Sólo es derecho la voluntad total, que es puesta en práctica y dirige la voluntad individual. La voluntad del juez puede establecer el derecho concreto, porque

⁹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁹¹ Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 132-135. Desde su particular punto de vista, Bergbohm consideraba la filosofía de raíz hegeliana ajena al Positivismo. Cfr. BERGBOHM, K., *Jurisprudenz...*, cit., p. 9.

⁹² Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 123-126.

⁹³ Cfr. F. MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna* (trad. de F. González Vicén), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 388.





es parte de esa voluntad del Estado⁹⁴. Ocurre, no obstante, que al completar la voluntad legisladora el juez tiene cierto margen para interpretar esa voluntad y puede acudir a instancias como el sentimiento objetivo de los juristas⁹⁵.

Por otra parte, Kierulff desconfió de la reciente mentalidad codificadora que pretende implantar unidad en el derecho regulando todas las particularidades de los casos hasta el mínimo detalle, algo que él considera imposible⁹⁶. Por lo demás, este autor presenta una curiosa paradoja. Se dedicó a exponer el derecho romano como derecho propio de Alemania, aunque, evidentemente, ese derecho no era una creación política estatal.

V. LA ESCUELA HISTÓRICA

Constituyó una de las líneas más poderosas de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX⁹⁷. No obstante, la adscripción de esta escuela al Positivismo jurídico es discutible; depende del concepto de Positivismo adoptado, un asunto que es, como sabemos, controvertido. Carl Bergbohm juzgó favorablemente a la Escuela Histórica por negar la existencia de derecho fuera del derecho positivo y fundar una nueva metodología para su tratamiento científico. No obstante, también estimó que no rompió del todo con las teorías anteriores y que era preciso completar su tarea⁹⁸. Ese rechazo del iusnaturalismo abstracto es la causa de que González Vicén incluya esta escuela en la vertiente historicista del Positivismo⁹⁹.

Lo cierto es que la actitud del iniciador de la Escuela, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), es un tanto compleja al respecto. Piensa que el origen último de todo derecho es la conciencia común del pueblo; esto no quiere decir, precisa, que el derecho surja del arbitrio de cada uno de los individuos que componen el pueblo, sino que brota de un espíritu del pueblo efectivo y vivo en cada uno de esos individuos; al no proceder del arbitrio (bajo esta palabra

⁹⁴ Cfr. KIERULFF, J.F., *Theorie...*, cit., pp. 18, 38-39, 42. Sobre esta explicación de Kierulff cfr. R. OGOREK, *Richterkönig...*, cit., pp. 270 y ss. La idea del juez como delegado del soberano era antigua. Y dentro de la filosofía jurídico-política moderna, Hobbes la había expuesto con claridad.

⁹⁵ KIERULFF, J.F., *Theorie...*, cit., pp. 41 y ss.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. XXIX-XXI.

⁹⁷ Cfr. SCHRÖDER, J., *Recht als Wissenschaft*, C.H. Beck, Múnich, pp. 191 y ss.

⁹⁸ Cfr. BERGBOHM, K., *Jurisprudenz...*, cit., pp. 24, 32, 64, 110, 236.

⁹⁹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios...*, cit., pp. 178 y ss.





Savigny entiende al modo kantiano la voluntad indeterminada de los individuos) el derecho no es una realidad casual, sino necesaria para los integrantes del pueblo¹⁰⁰. La forma en la que el derecho vive en la conciencia común del pueblo no es la de regla abstracta, sino la de interrelación orgánica de instituciones vivas; estas instituciones no se mueven de forma arbitraria ni causal, porque poseen una fuerza y necesidad interna desde la que se desarrollan¹⁰¹. Por otra parte, Savigny no afirmó que el derecho dependiera por completo de las peculiaridades de un pueblo; hay elementos de carácter universal, como la dignidad moral y la libertad de los hombres¹⁰².

En cualquier caso, el pueblo, según Savigny, es unidad natural y comunidad espiritual, pero necesita una forma corporal: el Estado, que proporciona unidad y límites precisos. La creación de un Estado es ya una creación jurídica, pero no en el sentido del iusnaturalismo moderno; nunca existió una época en la vida de los pueblos anterior a la invención del Estado, es decir nunca tuvo lugar el «estado de naturaleza» configurado por el derecho privado (aunque no lo explicita, se refiere a los que los kantianos llamaban derecho privado o provisorio, es decir sin la defensa de la coacción pública). Más bien, explica Savigny, cada pueblo, en tanto que existe como tal, existe también como Estado, con independencia de la conformación política que adopte¹⁰³. En este plano, Savigny sí entrelaza –como otros en esa época– el Estado con el derecho, por-

¹⁰⁰ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, Veit und Comp, Berlín, 1840, vol. I, p. 14. Aunque a veces se haya considerado a Gustav Hugo iniciador de la Escuela Histórica, ésta adoptó una actitud ante la noción de pueblo y comunidad diferente de los planteamientos de Hugo sobre el Estado, influidos por una mentalidad más escéptica e ilustrada sobre los cursos de la Historia: para él no hay un espíritu del pueblo en el sentido romántico, ni racionalidades teleológicas inmanentes a la Historia. Cfr. REXIUS, G., «Studien zur Staatslehre des Historischen Schule», *Historische Zeitschrift*, n° 107 (1911), p. 510. Cfr. también EICHENGRÜN, F., *Die Rechtsphilosophie...*, cit., pp. 68-69. MARINI, G., *L'opera di Gustav Hugo...*, cit., pp. 42, 148. Tampoco Fierbach defendió ideas de inspiración romántica. Cfr. CATTANEO, M.A., *Anselm Feuerbach...*, cit., pp. 23, 547 y ss. Como ahora añadiré no debemos exagerar las influencias románticas en Savigny y su Escuela.

¹⁰¹ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *System...*, cit., pp. 16-17.

¹⁰² Cfr. *ibid.*, pp. 56-55. Friedrich Ancillon, indicaba que Savigny había probado que la filosofía del derecho debía abarcar tanto lo histórico, como lo cognoscible mediante la razón pura; esta capta principios permanentes para las legislaciones de todas las épocas y pueblos. Cfr. ANCILLON, F., «Über die Philosophie der Gesetzgebung», en *Einige akademische Gelegenheits-Schriften*, Duncker & Humblot, Berlín, 1816, pp. 43 ss, 47. Aunque no fuera iusnaturalista en el sentido dominante entonces, Savigny sí defendió la existencia de principios morales procedentes de la idea de Humanidad. Cfr. STRAUCH, D., *Recht, Gesetz und Staat bei Fr. C. von Savigny*, H. Bouvier u. Co., Bonn, 1963, pp. 115 y ss., 132.

¹⁰³ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *System...*, cit., p. 23.





que piensa que el derecho sólo puede vivir en el espíritu común del pueblo, es decir en la voluntad general, que es también la voluntad de cada individuo. El individuo, siguiendo su libertad, puede querer algo para sí mismo contrario a lo que quiere y piensa como miembro del todo; esta contradicción es lo contrario al derecho o la lesión del derecho, que debe ser aniquilada si se quiere que el derecho prevalezca; para conseguirlo es necesario el Estado, pues sólo él puede oponer al individuo la regla jurídica como realidad externa y coactiva¹⁰⁴. Rousseau, Feuerbach y Kant habían escrito cosas muy parecidas.

Afirmar que el derecho sólo existe en el Estado quiere decir que sólo hay derecho dentro de comunidades formadas; el estado de naturaleza del ius-naturalismo moderno, según Savigny, es una quimera inútil. No obstante, la manera en que dentro de cada comunidad se repartan los papeles de la producción del derecho es cuestión distinta y la opinión de Savigny no responde a los esquemas del Estado moderno. En efecto, mantiene que el derecho no es producido por el legislador de manera originaria, porque la costumbre y la ciencia del derecho tienen una posición prioritaria. Sin embargo, Savigny escribe expresamente que la ley sí desempeña funciones muy importantes: sobre todo completar insuficiencias y apoyar el progreso del derecho¹⁰⁵. Y al estudiar esta cuestión afirma que no toma en consideración las que denomina leyes de motivación estrictamente política, es decir, el Derecho público, dedicado a estructurar y ordenar relaciones políticas: en él domina la ley¹⁰⁶. En cambio, el derecho privado (el campo de su especialidad) se ocupa del conjunto de relaciones que rodean al individuo y conforman su vida, y esa misión apenas corresponde al poder político¹⁰⁷. Es imposible que el legislador regule mediante una voluntad unificadora todo el espectro del derecho civil, porque el derecho se desarrolla de una forma más paulatina y diversa; de ahí, que rechace la codificación¹⁰⁸. Una actitud en la que le acompañan Falck y Kierulff, aunque desde planteamientos diferentes¹⁰⁹. Thibaut criticó amargamente esta

¹⁰⁴ Cfr. *ibid.*, p. 24.

¹⁰⁵ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, 1814, trad. de J. Díaz, Aguilar, Madrid 1970, p. 60; *Id.*, *System...*, cit., p. 40.

¹⁰⁶ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *De la vocación...*, cit., pp. 146-147.

¹⁰⁷ SAVIGNY, F.C. v., *System...*, cit., p. 22. Sobre las limitaciones del político en el Derecho privado cfr. WILHELM, W., *La Metodología jurídica en el siglo XIX* (trad. R. Bethmann), EDERSA, Madrid 1980, pp. 64-66. Cfr. J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft...*, cit., pp. 191 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *De la vocación...*, cit., pp. 51 ss, 60-62.

¹⁰⁹ Falck, por ejemplo, no adopta la noción de «espíritu del pueblo» cara a la Escuela Histórica. Cfr. VOLK, K., *Die juristische Enzyklöpadie...*, cit., p. 79.





negativa a la codificación, que condenaba el derecho a ser una lotería para el ciudadano, sometido al arbitrio de abogados y jueces incompetentes. Y es que, según Thibaut, los juristas de la Escuela Histórica no consideraban importantes la certeza y fijeza de la realidad jurídica: sus disputas eruditas llevaban a la ruina de la felicidad social¹¹⁰.

Todas estas ideas de Savigny y sobre todo su palabras sobre el espíritu del pueblo, la comunidad, la voluntad general totalizadora... pueden confundirnos si no tenemos en cuenta otros aspectos de su pensamiento. Savigny considera que el derecho está formado por instituciones orgánicamente desplegadas, pero dedicadas en buena medida a proteger esferas de voluntad individuales. Y es que hay rasgos de influencia iusnaturalista moderna en su pensamiento jurídico, en la medida en que el derecho propio del individuo, el derecho subjetivo, ocupa una posición destacada en su sistema¹¹¹. Por otra parte, Savigny no concibió el espíritu del pueblo como realidad biológica social, sino como una tradición cultural y espiritual. No fue un representante del Romanticismo (salvo algunas influencias ambientales), sino del humanismo, el clasicismo de la cultura alemana y sobre todo la tradición de la ciencia jurídica europea¹¹². Finalmente, las llamadas a la realidad orgánica y al espíritu del pueblo fueron poco importantes para Savigny; el papel decisivo en la creación del derecho debía desempeñarla una ciencia jurídica poco romántica encargada de elaborar conceptos de manera racional¹¹³. Savigny veía justificado que los poseedores de capacidad suficiente para ser juristas tuvieran más influencia en el derecho que otras personas¹¹⁴.

¹¹⁰ Cfr. THIBAUT, A.J.F., *Ueber die sogennante historische und nicht-historische Rechtsschule*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1838, p. 7, 16. Recordemos, no obstante, que la propuesta de Savigny no era la erudición inútil.

¹¹¹ Por ejemplo, cfr. SAVIGNY, F.C. v., *System...*, cit., pp. 334 y ss. Alejandro Guzmán advierte que Savigny introduce ideas kantianas en su *Sistema de Derecho Romano actual* al tratar el derecho subjetivo. Cfr. GUZMÁN, A., «La influencia de la filosofía del derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 13 (1995), pp. 155-157. Savigny no fue un liberal, pero sus explicaciones sobre el derecho subjetivo siguieron la línea moderna. Cfr. WILHELM, W., *La Metodología jurídica...*, cit., pp. 54-56.

¹¹² Cfr. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte...*, cit., pp. 360 y ss., 385. Cfr. también D. STRAUCH, *Recht, Gesetz...*, cit., p. 129. Aunque haya rasgos románticos en Savigny, es necesario reconocer en las doctrinas específicamente jurídicas la influencia más poderosa. Sobre el historicismo más bien aparente de Savigny vid. CONTRERAS, F.J., *Savigny y el historicismo jurídico*, Tecnos, Madrid 2005.

¹¹³ Cfr. WILHELM, W., *La Metodología jurídica...*, cit., pp. 31-32, 39 y ss. A. OLLERO, «Savigny: el legalismo aplazado», en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid 1982, pp. 85 y ss.

¹¹⁴ Cfr. SAVIGNY, F.C. v., *System...*, cit., pp. 48-49.





Una postura similar ante el problema del Estado adoptó uno de los principales seguidores de Savigny, Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Comienza el estudio del derecho con las tendencias propias del ser humano; una es el amor que crea vinculaciones naturales como el matrimonio, familia, pueblo, iglesia o la patria; la otra es el sentido del derecho. A partir de una de esas formas de unión, el pueblo, surgen el derecho y el Estado, aunque el primero no es producido directamente por el segundo. La fuente originaria del derecho es el espíritu del pueblo, es decir, la convicción común que vincula a los miembros de una comunidad natural; ese espíritu como voluntad nacional y unión natural no es parte del Estado sino su fundamento¹¹⁵. En primer lugar, la convicción común del pueblo; en segundo lugar también es derecho lo manifestado en la legislación, es decir en el órgano constitucional de la voluntad común; y también lo que surge necesariamente de esos principios mediante la labor desarrollada por la ciencia jurídica¹¹⁶. Como en la obra de Savigny, tras estas llamadas a la voluntad del pueblo, que queda en un plano poco operativo, está la defensa de la ciencia jurídica y la protección de los derechos subjetivos del individuo.

VI. CONCLUSIÓN

Los autores reseñados en las páginas anteriores muestran la pluralidad de tendencias etiquetadas bajo el primer Positivismo jurídico alemán. Esta diversidad es patente también en sus actitudes ante el papel del Estado como unificador del derecho. Algunos rechazaron ese papel. Otros sí mostraron tendencias favorables a la organización legislativa del derecho, como Feuerbach o Thibaut. Pero lo hicieron porque estaban convencidos de que era lo mejor para la sociedad; y pensaban que esa legislación había de estar sometida a verdades y principios jurídicos independientes del poder político. Lo cierto es que todos estos juristas, los más favorables a la estatalización al derecho y los más críticos con esa posibilidad debían su postura a la preocupación por satisfacer de manera justa las necesidades humanas. Dada su atención a esas cuestiones, ¿realmente fueron positivistas?¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. PUCHTA, G.F., *Cursus der Institutionen* (8ª ed.), P. Krüger, Leipzig, 1875, pp. 11, 16-18.

¹¹⁶ Cfr. PUCHTA, G.F., *Lehrbuch der Pandekten*, J.A. Barth, Leipzig, 1838, p. 11.

¹¹⁷ Hoy se denomina «Positivismo jurídico ético» a la corriente defendida por un sector de positivistas que defienden un derecho firmado por reglas elaborada por el Estado y aplicables de la manera más precisa posible. Defienden la separación de derecho y moral por motivos políticos,





Los que encontraron sensata la reserva frente a la monopolización estatal del derecho reflejan una mentalidad bastante extendida en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, y también del XX, acerca del reparto de papeles en la producción de derecho. Como señala Carpintero, su actitud no es explicable recurriendo simplemente a la difusión de ideas filosóficas historicistas; parece haber un interés por la realidad cotidiana del derecho frente a la especulación abstracta de los iusnaturalistas tardíos¹¹⁸. Un autor poco conocido, pero bastante interesante, Johann Heinrich Zirkler expresó esta conciencia común ya a principios del siglo cuando escribió que el mundo estaba ya medido antes de que las matemáticas actuaran, y eso mismo ocurre con la ciencia del derecho¹¹⁹. Pretendía decir que el derecho no se construye a priori desde el poder. Algunas décadas más tarde, Franz Adickes (1846-1915), un precursor del Movimiento del Derecho Libre adoptará la misma actitud al escribir que la voluntad del Estado no es creadora soberana del contenido de las leyes, porque este depende de leyes invariables propias de la formación del derecho y de las relaciones vitales que traen en cierto grado la ley de su mismo desarrollo. El legislador es servidor de esas necesidades y deseos del pueblo que se revelan en el orden de la vida y del tráfico jurídico¹²⁰. Es una idea propia de la jurisprudencia occidental, de inspiración romanista, que otorga cierta autonomía a lo jurídico frente a las determinaciones del poder político y encuentra continuidad en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX.

no científicos. Sus integrantes citan los precedentes del originario Positivismo jurídico británico, con autores como Jeremy Bentham. Sobre el planteamiento de este último, *vid.* CRUZ, L.M., *Derecho y expectativa. Un interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, EUNSA, Pamplona 2000. Sobre el Positivismo ético en general, *vid.* RIVAS, P., *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor 2007. En el caso de estos positivistas cabría hablar de los motivos morales para defender su identificación del derecho con la ley.

¹¹⁸ Cfr. CARPINTERO, F., «Naturrecht y Rechtsphilosophie...», cit., pp. 193 y ss. ID., *Los orígenes del Positivismo...*, cit., pp. 167 y ss.

¹¹⁹ Cfr. ZIRKLER, J.H., *Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts*, Tasche und Müller, Giesen 1807, p. IX.

¹²⁰ Cfr. ADICKES, F., *Studien über die heutige Geltung des Römischen Rechts. I. Zur Lehre von dem Rechtsquellen*, G.H. Wingand, Gotinga 1872, p. 26.

